

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学 号: X9908035

UDC_____

学 位 论 文

试论我国行政审判中的调解制度

刘 伟 光

指导教师姓名: 朱福惠副教授

申请学位级别: 硕 士

专 业 名 称: 法律硕士专业

论文提交时间: 2002 年 4 月

论文答辩日期: 2002 年 月

学位授予单位: 厦 门 大 学

学位授予日期: 2002 年 月

答辩委员会主席_____

评 阅 人_____

2002 年 4 月

试论我国行政审判中的调解制度

刘伟光

指导教师：朱福惠副教授

内 容 提 要

本文结合我国行政审判实践,运用行政法学、诉讼法学等学科理论,采用历史、逻辑、比较分析等方法,阐述我国行政审判中调解制度的历史发展和一般理论,检讨我国行政审判中调解制度的是非功过,分析改革完善我国行政审判中调解制度的必要性与可行性,提出完善我国行政审判中调解制度的立法构想。

全文除引言和结束语外,共分为四个部分:

第一章我国行政审判中调解制度的起源与发展。从我国调解制度的起源入手,概述建国后我国法院调解制度特别是行政审判中调解制度的演变与发展。

第二章我国行政审判中调解制度的一般理论。阐述我国行政审判中调解制度概念、内容、性质和地位,阐明不适用调解原则不属于我国行政诉讼的基本原则,分析行政诉讼程序中调解与审判的关系,比较我国行政审判中的调解与非诉讼调解、民事诉讼调解以及外国诉讼和解的联系和区别。

第三章我国行政审判中调解制度的检讨。论述我国行政诉讼适用调解的可能性,主张不服行政裁决、行政合同、具体行政指导而提起的行政诉讼案件可以适用调解;质疑我国行政赔偿诉讼可以适用调解,认为对涉及侵犯公民人身自由权和生命权造成损害而提起的行政赔偿诉讼案件不能适用调解,同时,还分析我国行政赔偿诉讼调解存在的问题及原因;在此基础上,进一步阐明改革完善我国行政审判中调解制度的必要性与可行性。

第四章我国行政审判中调解制度改革与完善的立法构想。修改我国《行政诉讼法》,从立法体例、结构和内容上,健全、完善我国行政诉讼程序的调解制度。改革调解模式,实行调审分离、审前调解的调解模式;规制调解原则,保留当事人自愿和合法的调解原则,取消事实清楚、分清是非的调解原则,建立不公开和保密的调解原则;重构调解的适用范围,确定五类行政诉讼和行政赔偿诉讼案件可以适用调解;完善调解程序,从调解的申请、期限、处所、终结和费用等方面予以完善。

关键词:行政审判 调解制度 检讨批判 适用性 立法完善

目 录

引 言	1
第一章 我国行政审判中调解制度的起源与发展	2
一、我国调解制度之起源	2
二、建国后我国法院调解制度之演变	2
三、我国行政审判中调解制度之发展	3
第二章 我国行政审判中调解制度的一般理论	5
一、调解在我国行政审判中的地位	5
(一) 关于不适用调解原则是否是我国行政诉讼基本原则的问题	5
(二) 关于行政赔偿诉讼程序中调解与审判关系的问题	6
二、我国行政审判中调解的性质	7
(一) 与我国非诉讼调解的区别	8
(二) 与我国民事诉讼调解的异同	9
(三) 与外国诉讼和解制度的比较	10
三、我国行政审判中调解制度的内容	10
(一) 关于调解的适用范围	12
(二) 关于调解的原则	16
(三) 关于调解的效力	17
(四) 关于调解瑕疵的救济	17
第三章 我国行政审判中调解制度的检讨	18
一、我国行政诉讼不适用调解之反思	18
(一) 我国行政诉讼适用调解的可能性	18
(二) 我国行政诉讼调解的适用性分析	21
二、我国行政赔偿诉讼可以适用调解之批判	23
(一) 我国行政赔偿诉讼可以适用调解的质疑	23
(二) 我国行政赔偿诉讼调解存在的问题及原因	24
三、改革完善我国行政审判中调解制度的必要性与可行性之分析	28

(一) 我国行政审判中调解适用问题的争论及看法	28
(二) 改革完善行政审判中调解制度的必要性	31
(三) 改革完善行政审判中调解制度的可行性	31
第四章 我国行政审判中调解制度改革与完善的立法构想	35
一、改革调解模式	35
(一) 实行调审分离、审前调解的模式	35
(二) 调审分离、审前调解的立法价值	36
二、重构调解适用范围	37
(一) 适用调解的行政赔偿诉讼案件	37
(二) 适用调解的行政诉讼案件	37
三、规制调解原则	38
(一) 保留当事人自愿和合法的调解原则	38
(二) 废除事实清楚、分清是非的调解原则	39
(三) 建立不公开和保密的调解原则	39
四、完善调解程序	40
(一) 关于调解的开始	40
(二) 关于调解的进行	41
(三) 关于调解的终结	41
(四) 关于调解的费用	42
结束语	43
主要参考文献	44

厦门大学博硕士论文摘要库

引言

国家审判机关在审理行政诉讼或行政赔偿诉讼案件中，能否适用调解，以当事人合意解决行政争议，终结诉讼，因各国的政治、法律制度的不同而有差异。在行政诉讼方面，意大利等国家在立法上和实务上都没有实行调解制度；德国等国家明文规定可以有限度地适用和解；日本等国家对此虽没有明文规定，在学说上亦有肯、否二说，但在实务上承认和解制度。在行政赔偿诉讼方面，美国、新加坡、韩国等国家均可适用调解。我国《行政诉讼法》第50条和第67条第3款规定：“人民法院审理行政案件，不适用调解。”“赔偿诉讼可以适用调解。”但在理论上，有的认为，人民法院审理行政案件，可以进行调解；^①有的主张，调解在行政诉讼中可以选择性适用；^②有的认为，行政赔偿诉讼不适用调解。^③在司法实践中，多数法院在审理某些行政案件时，建议被告改变具体行政行为，动员原告撤诉，从而终结诉讼。大量行政案件是通过这种“协调”解决的。“行政诉讼法施行12年，原告撤诉始终占全部案件的三分之一以上，最高达57%。……不许调解的规定被悄然规避，名存实亡。”^④我国行政审判中调解制度存在着立法、司法和理论上的相互脱节等诸多问题，亟待于改革和完善。随着社会主义市场经济的健全和完善，社会利益和价值呈现多元化的趋势，社会主体自主、迅速、经济地解决纠纷的需求日益迫切。这要求我们改革完善行政审判中合意解决行政争议的机制。因此，从我国行政审判调解制度的变迁入手，考察我国法院调解制度，比较国内外相关制度，检讨我国行政审判中调解制度的优劣，探讨改革和完善该项制度的立法和司法对策，无疑是极为必要的。

^① 李琳、闫丽彬：《论行政诉讼可以适用调解原则》，《法制与社会发展》2000年第4期，第86-88页。

^② 李爱民、陆伟明：《调解在行政诉讼中的选择性适用》，《云南法学》2000年第3期，第85-89页。

^③ 陈旭峰：《对“赔偿诉讼可以适用调解”的思考》，《行政法学研究》1997年第3期，第57-60页。

^④ 何海波：《行政案件应当允许调解》，《法制日报》2002年3月3日第3版。

第一章 我国行政审判中调解制度的起源与发展

一、我国调解制度之起源

我国的调解历史源远流长，最早可以追溯至原始社会。当时，人与人之间，部落之间的一切争端和纠纷，通常是由当事者所在的民族或部落互相协商解决。恩格斯所说的“一切问题，都由当事人自己解决，在大多数情况下，历来的习俗就把一切调整好了。”就是我国调解的原始形式。在奴隶社会，一方面建立了由国家政权机关组织、主持的调解制度，即官府调解，旨在调整奴隶主、贵族和平民间的一般民事权利义务关系；另一方面也认可和保留了平民百姓之间排难解纷的民间调解形式，初步建立了古代基层的调解制度。据史料记载，周代的地方官吏就有“调人”之设，其职能是“司万民之难而谐合之。”^①西周的铜器铭文中，已有调处的记载。^②在封建社会，一般民事纠纷大都是当地正、社长和族长裁断或调解解决的。“秦汉以降，司法官多奉行调处息讼的原则。至两宋，随着民事纠纷的增多，调处呈现制度化的趋势。明清时期，调处已臻于完善阶段。”^③清末法律制度改革，大量引进西方法律制度和学说，开始法律转型的运动。孙中山、蒋介石都曾试图将西方法律制度完整地移植到中国，但均未获得成功。传统的、非正式的司法外调解一直是解决纠纷的特殊方式。在国内革命战争期间，农民运动大潮孕育了近代调解模式的雏形，有的地区还实行了村、乡、区逐级调解制度。抗日战争和解放战争时期，各根据地或各个解放区相继制定、修改了一系列有关调解的法规条例，如《晋西北村调解暂行办法》、《陕甘宁边区民刑事事件调解条例》，等等，调解工作进入了一个新的阶段，并形成制度化、法律化。

二、建国后我国法院调解制度之演变

新中国成立后，直接渊源于抗日战争时期陕甘宁边区和各个解放区人民政

^① 胡旭晟、夏新华：《中国调解传统研究》，《河南省政法管理干部学院学报》2000年第4期，第21页。

^② 张晋藩著：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社1997年版，第283页。

权司法制度的法院调解，得到继承和发展。1950 年的《中华人民共和国民事诉讼法程序试行通则（草案）》，1956 年的最高人民法院《关于各级人民法院民事审判程序总结》及 1957 年的《民事案件审判程序（草稿）》都对调解的原则、组织、范围、程序、方式、效力及执行等作了专门规定。1958 年，毛泽东同志根据正确处理人民内部矛盾的理论，结合民事审判工作实践，提出了民事审判工作的基本方针，即“调查研究、调解为主、就地解决。”1964 年，这“十二字方针”进一步发展为“依靠群众，调查研究，就地解决，调解为主”的十六字方针。1979 年《人民法院审判民事案件程序制度的规定（试行）》中又肯定了“处理民事案件应坚持调解为主”。同年施行的我国《刑事诉讼法（试行）》第 127 条规定：“人民法院对自诉案件，可以进行调解。”1982 年施行的我国《民事诉讼法（试行）》将“调解为主”的提法改为“着重调解”。1990 年施行的我国《行政诉讼法》第 50 条和第 67 条第 3 款规定：“人民法院审理行政案件，不适用调解。”“赔偿诉讼，可以适用调解。”1991 年修正的我国《民事诉讼法》将“着重调解”改为“根据自愿和合法的原则进行调解”。1997 年修正的我国《刑事诉讼法》第 170 条和第 172 条规定，被害人有权对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的自诉案件，不适用调解。

三、我国行政审判中调解制度之发展

建国以来，我国的宪法、法律和行政法规以及最高人民法院作出的司法解释，对我国行政审判中调解制度作出了具体规定，构建了该制度的主要内容，同时也反映了我国行政审判中调解制度的建立、发展、健全的过程。建国初期，起国家根本法作用的《中国人民政治协商会议共同纲领》第 19 条规定：“人民和人民团体有权向人民监督机关或者人民司法机关控告任何国家机关和任何公务人员的违法失职行为。”1949 年中央人民政府委员会批准的《最高人民法院组织条例》规定，在最高人民法院设立行政审判庭。1954 年我国《宪法》第 7 条规定：“……由于国家机关工作人员侵犯公民权利而受到损失的人，有取得赔偿的权利。”这些规定为我国行政审判制度的建立奠定了宪法和法律基础。从 1980 年颁布的我国《中外合资经营企业所得税法》开始，我国的法律

和行政法规以及地方性法规中逐渐出现了当事人对行政机关的行政决定不服可以向人民法院起诉的规定。1982年颁布的我国《民事诉讼法（试行）》第3条第2款规定：“法律规定由人民法院审理的行政案件，适用本法规定。”这一规定表明人民法院有权依据法律的规定审理行政案件，行政案件的调解和审判有了统一遵循的程序，标志着我国开始建立行政诉讼制度。1985年最高人民法院作出的《关于人民法院审理经济行政案件不应进行调解的通知》，认为经济行政案件不同于解决原、被告之间的民事权利义务关系的案件，人民法院不应进行调解，而应在查明情况的基础上作出公正的判决。据此，我国行政诉讼案件不适用调解的原则得以确立。1986年湖南省汨罗县人民法院率先建立全国第一个行政审判庭，至1988年最高人民法院设立行政审判庭，为调解或审判行政案件提供组织机构保证，人民法院审理行政案件工作步入专业化、经常化和规范化发展轨道。1990年施行的我国《行政诉讼法》，明文规定了我国行政审判中调解制度的核心内容——人民法院审理行政案件不适用调解，赔偿诉讼可以适用调解。1991年最高人民法院颁发的《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见（试行）》明确了行政赔偿调解书等相关问题。1997年最高人民法院发布的《关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》规定了行政赔偿诉讼调解的原则、调解范围以及调解协议的效力等内容，健全了行政审判中调解制度。1999年最高人民法院颁发的《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》规定了二审法院调解行政赔偿诉讼案件的情形、当事人申请再审生效调解书的条件以及行政赔偿调解书的效力等内容，进一步丰富和发展了我国行政审判中调解制度。

第二章 我国行政审判中调解制度的一般理论

一、调解在我国行政审判中的地位

调解又称调停,是指“具有中立性的第三者通过当事者之间的意见交换或者提供正确的信息,从而帮助当事者达成合意”,^①解决纠纷的活动。调解有中立的第三者参与,以当事人自愿为前提,具有程序的便利性和处理的灵活性与合理性。调解协议本身的成立不具有国家强制性,但一旦经过法院或其他权威机构的确认或登记之后,就产生了严格的法律约束力和强制执行力。调解的形式多种多样,依据调解者即中立第三方的性质来分,可分为民间调解、行政调解和法院调解,等;根据调解与诉讼之间的关系来分,可分为诉讼外调解、诉讼前调解与诉讼中调解;依据调解的功能来分,可分为判断型调解、交涉型调解、教化型调解和治疗型调解。^②上述分类中,法院调解更受到立法者、司法者和当事人的关注和重视。其立法和司法价值主要体现在以下三个方面:其一,法院调解因是当事人自愿达成协议解决纠纷,且不存在上诉问题,当事人一般都能自觉履行调解协议,因而有利于彻底解决纠纷;其二,法院调解系当事人之间平等协商解决纠纷,因而不伤和气,有利于增强团结,维护社会治安;其三,通过法院的调解工作,可以使当事人受到法制教育,提高他们的法制观念,从而预防纠纷,减少诉讼。^③调解在我国行政审判中的地位,主要涉及不适用调解原则是否是我国行政诉讼的基本原则和行政诉讼程序中调解与审判关系等问题。

(一) 关于不适用调解原则是否是我国行政诉讼基本原则的问题

在理论界,通说主张不适用调解原则是我国行政诉讼的特有原则。笔者认为,这种主张值得商榷。从立法体例来说,关于人民法院审理行政案件不适用

^① (日)棚濑孝雄著:《纠纷的解决与审判制度》(王亚新译),中国政法大学出版社1994年版,第13页。

^② 同上注,第54-59页。

^③ 柴发邦主编:《民事诉讼法学新编》,法律出版社1992年版,第251页。

调解和行政赔偿诉讼可以适用调解的规则，我国《行政诉讼法》“第一章总则”没有作出规定，而是被分别规定在“第七章审理和判决”与“第九章侵权赔偿责任”中。可见，调解只适用于我国行政诉讼某个阶段或某类案件。从行政诉讼基本原则来看，行政诉讼基本原则是指由宪法和法律规定的，反映我国行政诉讼客观规律，对行政诉讼具有普遍指导意义，在解决和处理行政诉讼案件时必须遵循的基本行为准则。根据基本原则的适用范围，可分为一般原则与特有原则。一般原则是指适用于刑事、民事和行政三类诉讼或只适用于民事和行政两类诉讼的原则；特有原则是行政诉讼所特有的，与刑事、民事诉讼特别是与民事诉讼相区别的基本原则。^①可见，特有原则也属于基本原则的范畴。但不适用调解原则只适用于我国行政诉讼中具体行政行为合法性发生争议的案件，不适用于行政赔偿诉讼案件，对我国行政诉讼程序没有普遍的指导意义。就我国《行政诉讼法》的规定而言，调解在我国行政诉讼程序中的适用具有局限性，并不具有基本原则的概括性和涵盖力，也不可能对整个行政诉讼起指导作用。因此，不适用调解原则不属于我国行政诉讼的基本原则。

（二）关于行政赔偿诉讼程序中调解与审判关系的问题

我国行政赔偿诉讼程序中的调解与审判都是以人民法院作为第三方解决行政纠纷的方式。由于审判人员在调解中充当着主导的、主动的、必不可少的调解人兼审判者的角色，调解协议已渗入了审判人员的决定意志，有的甚至已实际接近于判决结果，使调解成为审判活动的一部分。而且人民法院作出的行政赔偿调解书送达双方当事人后，具有与行政裁判同等的法律效力。因此，可以说，调解已经渗透到行政赔偿诉讼审判方式中，成为审判过程中行使审判权解决行政赔偿争议的一种方法。在行政诉讼和行政赔偿诉讼程序中，审判不但解决行政纠纷，调整“官”民利益冲突，保护社会主体的合法权益，而且具有确认、实现或发展法律规范，维护和监督行政机关依法行使职权，从而维护稳定的行政秩序和法律秩序。而调解对审判起着补偏救弊，分担压力和补充代替的作用，减少社会在解决行政纠纷方面的成本和代价，节约司法资源。由于审判的正当性在于裁判的合法性，调解的正当性来源于当事人解决纠纷的合

^① 马原主编：《中国行政诉讼法讲义》，人民法院出版社 1990 年版，第 22-27 页。

意。所以，两者有着显著的不同：

1、调解只适用于行政赔偿诉讼案件，而审判适用人民法院立案受理的行政诉讼和行政赔偿诉讼案件。

2、调解之核心在于双方当事人解决纠纷、终结诉讼的合意。调解人的作用仅在于为双方沟通信息，增加对话之可能性，而非查明事实真相。而审判是一个严格按照程序以发现真实为目的过程，查明有争议的案件事实是作出正确判决的前提和基础。

3、调解中的合法性并不意味着调解结果必须与实体法的规定相一致，只要求调解结果不违背法律中的禁止性规定，不损害公序良俗和第三人的合法权益。而审判中的合法性意味着在查明案件事实后必须正确选择相关的实体法条款规定对案件作出判决，判决中确定的权利、义务和责任必须与实体法规定的法律后果相一致。

4、调解特别注重环境和气氛的非对抗化。因此，其程序通常以通俗、简便、非正规性为特征。审判是程序的典型，不仅审判的前提必须有事先存在的一般法律规范和原则，而且审判的过程必须严格按照规定的时间、顺序、步骤进行，任何程序上的违反都可能导致判决的无效。

5、行政赔偿调解书送达双方当事人之前尚未发生法律效力，当事人可以反悔。而裁判文书一经作出，不管当事人同意与否，均必须遵守。任何行政赔偿调解书，均不得上诉。而行政判决和不予受理、驳回起诉等部分行政裁定在法定上诉期限内允许当事人上诉。

二、我国行政审判中调解的性质

我国行政审判中调解属法院调解。“法院调解有两层含义，其一是法院调解是一种诉讼活动，是人民法院审判人员在审理案件过程中，对当事人讲解法律、政策和进行思想疏导工作的活动；其二法院调解是一种结案方式，是人民法院审判人员主持引导双方当事人，平等协商，达成调解协议，终结诉讼的方式。”^①我国法院调解，审判人员始终居于主导地位，指挥和监督整个调解过程，且调解与审理融为一体，具有审理性质。因此，它是人民法院审理行政赔偿

^① 柴发邦主编，前引书，第246页。

诉讼案件的一种工作方法和制度，也是一种结案方式，是人民法院代表国家行使审判权的一种具体表现。调解这种职权性和审理性质与行政审判的特殊性决定了我国行政审判中调解与我国非诉讼调解、民事诉讼调解以及外国诉讼和解的区别。

（一）与我国非诉讼调解的区别

我国非诉讼调解主要包括人民调解、行政调解和仲裁调解等三大类。人民调解是指在人民调解委员会的主持劝说下，发生争议的双方当事人自愿协商，解决纠纷的一种非诉讼性的调解活动。^①行政调解是指由国家行政组织出面主持的，以国家法律和政策为依据，以自愿为原则，通过说服教育等方法，促使争议双方当事人友好协商，互让互谅，达成协议，从而解决争议的方法和活动。^②仲裁调解是指行政或民间的仲裁组织在作出裁决前，劝说双方当事人合意解决民商事争议的活动。上述三类调解与行政审判中的调解无论在调解的对象、性质，还是调解的效力等方面均有不同：

1、调解的组织机构和主持者不同：法院调解的组织机构是人民法院，是国家的审判机关，代表国家行使审判权；调解主持者是由国家权力机关选举或任命的审判人员，调解纠纷的权力直接来源于国家的审判权。而非诉讼调解的组织机构是群众自治组织、行政管理组织或社会组织，行使一定管理权；调解主持者是由基层群众组织直接选举产生，或由行政管理机构任命、委派，调解纠纷的权力来源于群众对他们的信任或行政管理权力。

2、调解案件的性质和范围不同：在行政诉讼程序中，法院调解仅适用于行政赔偿诉讼案件。而人民调解、仲裁调解只限于调解简单的民事争议、法定的民商事争议，不适用于行政争议。行政调解适用于部分民事纠纷和行政赔偿争议。

3、调解行为的性质不同：法院调解是人民法院在立案受理案件之后的诉讼中进行的，从调解的开始、进行和结束，均由审判人员主持和控制，是人民法院行使审判权的具体体现，属于审理性质的诉讼活动。人民调解是人民群众

^① 皮纯协、胡建森主编：《中外行政诉讼词典》，东方出版社1989年版，第106页。

^② 同上，第111-112页。

参加国家管理、治理社会的一项重要措施，是人民群众依靠自己力量进行自我教育、自我约束、自我管理的一种办法。行政调解是国家行政组织行使行政权的方式，是行政司法的一种手段。仲裁调解是仲裁组织行使仲裁权解决纠纷的手段之一。

4、调解达成协议的效力不同：法院调解和仲裁调解达成的协议，经调解组织机构审查认可，并制作调解书送达双方当事人后，即发生法律效力，具有法律约束力和强制执行力。一方不履行调解书确定的义务，另一方有权申请人民法院强制执行。而通过人民调解和行政调解达成的协议，主要靠双方当事人相互的承诺、信用和社会舆论等道德力量来维持，不具有法律上的强制性。

（二）与我国民事诉讼调解的异同

我国行政审判脱胎于民事诉讼，而且对于我国《行政诉讼法》及其司法解释没有规定的，可以参照我国《民事诉讼法》的规定。因此，行政审判中调解与民事诉讼调解在调解者、调解原则、调解协议确认、调解书效力以及调解案件再审条件等方面都是相同的，仅在下列几方面存在不同：

1、适用范围不同：前者仅适用于行政赔偿诉讼案件，不适用于行政诉讼案件，而且必须以具体行政行为违法为前提条件，具体行政行为不违法，则不存在调解的适用。后者对适用普通程序和简易程序审理的案件都可以调解，对适用特别程序、督促程序、公示催告程序和企业法人破产还债程序审理的案件不能调解。

2、调解对象不同：前者的调解对象有一方是为一定具体行政行为的行政机关，调解内容为行政管理者与相对人之间的行政赔偿争议。后者的调解对象是一般的民事主体，调解内容为平等主体之间民事权利义务争议。

3、在程序中地位不同：调解在行政诉讼程序中只是不适用调解规则的例外情况，在立法体例上，我国《行政诉讼法》的总则没有作出规定，而是被分别规定在“审理和判决”与“侵权赔偿责任”两章中。而在民事诉讼程序中，调解是我国《民事诉讼法》规定的一项基本原则，在立法体例上，被安排在总则中，对我国民事诉讼活动的各个阶段都起着指导作用。

4、承担赔偿责任的主体不同：前者调解成立后，由国家承担赔偿责任。后者调解成立后，赔偿责任承担者是民事违法行为人。

（三）与外国诉讼和解制度的比较

诉讼和解是指在诉讼进行中，双方当事人自行协商，达成协议，解决纠纷，结束诉讼的一种活动。我国《行政诉讼法》及相关司法解释均没有规定诉讼和解制度。在国外，有的国家通过立法规定了行政诉讼或行政侵权赔偿诉讼的和解制度。如《联邦德国行政法院法》第 87 条规定：“1、主审法官或编制报告法官须在言词审理前作出必要的命令，以便尽可能使争议在一个言词审理程序中审结。他尤其可以采取下列措施：（1）传唤参与人商议案情及争执，促使诉讼的和好解决，达成和解；……”^①《美国联邦侵权赔偿法》第 2677 条规定：“司法行政部长或其指定人，有 1346 条(b)条所生之损害赔偿请求，得于诉讼开始后，为仲裁、妥协或和解。”^②我国行政审判中调解与外国诉讼和解都可以发生在诉讼中的任何阶段，都由法官主持并对当事人进行说服，调解书或和解协议经法院确认或登记后，即具有法律的拘束力和执行力。但两者具有下列不同：

1、在性质方面，调解是一种包含有国家干预性质的诉讼活动和结案方式，属于审理行为，是人民法院代表国家行使审判权的一种具体表现，体现的是职权主义。而和解是当事人自己的行为，国家不干预，体现的是当事人主义。

2、在主体方面：在调解中，调解者充当主导的、主动的、必不可少的调解人兼审判者的角色。在和解中，当事人是主导者和主动者，法官起着试行或建议当事人和解和认可和解协议的作用。

3、在适用原则方面，调解必须遵循自愿、合法和事实清楚、分清是非的原则。而和解只强调自愿和不得侵害公共利益以及双方当事人的解决纠纷、终结诉讼的合意。至于案件事实是否清楚，是非责任是否分清可以在所不问。

三、我国行政审判中调解制度的内容

行政审判是指法定的国家司法机关根据诉讼当事人请求，并在双方当事人的参加下，依照诉讼程序受理、审理、裁判行政纠纷的活动。我国行政审判中

^①（德）平特纳著：《德国普通行政法》（朱林译），中国政法大学出版社 1999 年版，第 285—286 页。

^② 皮纯协、何寿生编著：《比较国家赔偿法》，中国法制出版社 1998 年版，第 313—314 页。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库